

發文字號：法務部 101.06.26 法律字第 10103105190 號函

發文日期：民國 101 年 06 月 26 日

要 旨：教育人員任用條例第 34-1 條等規定參照，中小學正式教師倘借調擔任教育部或各縣市政府組織法規所定職務，於借調期間應辦理留職停薪，並應具有所任職務任用資格，由借調機關依公務人員任用法第 24 條規定辦理派代及送銓敘部銓敘審定，則於借調擔任職務範圍內，即得依法令規定行使公權力

主 旨：貴處函詢關於借調教師相關規定疑義乙案，復如說明二至四。請查照。

說 明：一、復貴處 101 年 5 月 16 日處台調壹字第 1010831254 號函。

二、關於來函說明二（二）所詢教育部及各縣市政府借調中小學正式教師後，其在機關之身分為何？是否可執行公權力？有無相關法令依據等節：

（一）按有關教育人員借調之法令依據，依 100 年 11 月 30 日修正公布之教育人員任用條例第 34 條之 1 第 1 項規定：「專任教育人員，除法律另有規定外，因…借調…經服務之學校、機構或主管教育行政機關核准後，得辦理留職停薪。」行政院限制所屬公務人員借調及兼職要點第 13 點規定：「教育人員及公營事業人員之借調或兼職，得由有關主管機關另訂規定實施。」另教育部為規範各級學校編制內專任教師之借調，訂定教師借調處理原則，該原則第 2 點第 5 項、第 3 點規定：「教師於借調期間應辦理留職停薪。」、「教師借調擔任機關組織法規所定職務，應具有所任職務之任用資格。」復依銓敘部 91 年 7 月 4 日部銓二字第 0912160801 號函略以：「公立學校教師借調行政機關擔任依法應辦理送審之職務，應具有擬任職務之任用資格，並由借調機關依公務人員任用法第 24 條規定辦理派代及送本部銓敘審定。」

（二）次按所謂公權力行為，包括（1）運用命令、強制等手段干預人民自由權利之行為，例如、行使警察權、課稅權是。（2）運用提供給付、服務、救濟、保護、輔助等公法方法，以實現行政目的之行為，例如：實施社會保險、設置學校、鋪設道路、設置公共設施、提供清潔服務等。此概念亦為我國司法實務所採，故最高法院 80 年度台上字第 525 號判決指出：「所謂行使公權力，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為而言。並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任

務之行為。」（林錫堯著「行政法要義」，2006 年 9 月，三版，第 3 頁至第 4 頁參照）

- （三）綜上所述，中小學正式教師倘借調擔任教育部或各縣市政府組織法規所定職務，於借調期間應辦理留職停薪，並應具有所任職務之任用資格，由借調機關依公務人員任用法第 24 條規定辦理派代及送銓敘部銓敘審定，則其於借調擔任之職務範圍內，即得依上開法令規定行使公權力。

三、關於來函說明二（三）所詢教育部及各縣市政府借調中小學正式教師，如未具公務人員身分，其執行公權力之法律效果為何乙節：

- （一）按公務人員任用法第 30 條規定：「各機關任用人員，違反本法規定者，銓敘部應通知該機關改正，並副知審計機關，不准核銷其俸給；情節重大者，應報請考試院逕予降免，並得核轉監察院依法處理。」行政院限制所屬公務人員借調及兼職要點第 12 點規定：「各主管機關對所屬各機關公務人員之借調…得另訂較嚴格之規定實施，並應每年定期檢討清查，其有不合規定或無繼續借調…必要者，應即予歸建…。」據此，教育部或各縣市政府借調中小學正式教師擔任組織法規所定職務，如未具有所任職務之任用資格，相關主管機關自得依上開規定處理。

- （二）次按借調人員於任職期間，擔任該機關職務所為之執行公權力行為，係居於機關內部承辦人身分所為，尚非基於個人身分而以個人名義為之。舉例而言，行政機關內部由承辦人擬具行政處分之函稿，經公文處理流程有各不同層級之核稿人員、業務主管、單位主管…等，而後至對外發文，而為一正式之行政處分文書；即該行政處分乃係以機關名義對外為之，而非以承辦人名義為之，此觀諸行政程序法第 92 條第 1 項規定「本法所稱行政處分，係指行政機關就…公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」甚明。而行政處分經送達相對人後，即對外發生效力；除有行政程序法第 111 條所定無效之情形外，未經銷、廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在（行政程序法第 110 條參照）。

- （三）另公務人員任用法第 28 條第 2 項後段就公務人員任用後發現其有同條第 1 項所定消極資格者，明定應撤銷任用，同條第 3 項並規定：「前項撤銷任用人員，其任職期間之職務行為，不失其效力…。」其立法意旨，係考量撤銷任用之效果，於禁止執行職務或

撤銷宣告送達前，該受任命人所為之職務行為，不因任命之瑕疵而失其效力（原行政院人事行政局 96 年 5 月 18 日局給字第 0960061982 號函參照）。是以，借調教師縱未具公務人員身分，其居於機關地位所為執行公權力行為，揆諸上開說明，並參酌公務人員任用法上開規定意旨，其法律效果仍歸屬於機關，原則上不失其效力。惟其他法規如就特定職務之公務人員身分有特別規定者（例國家賠償法、公務員服務法等），則應依各該法規規定辦理，併予敘明。。

四、檢附相關法規及學說、實務見解資料供參。

正 本：監察院監察調查處

副 本：本部資訊處（第 2 類）、本部法律事務司（3 份）